

A AUTONOMIA DA CRIANÇA INTERSEXUAL: CRÍTICA À TEORIA JURÍDICA DAS INCAPACIDADES

THE AUTONOMY OF THE INTERSEX CHILD: A CRITICAL ANALYSIS IS THE LEGAL THEORY OF THE INCAPACITATED PERSON

Roxana Cardoso Brasileiro Borges*
Andréa Santana Leone de Souza**
Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima***

Resumo: O tema da autonomia da criança perpassa a evolução histórica da sua condição enquanto sujeito de direito. Quando uma criança nasce com genitália ambígua, configura-se uma situação complexa que exige diversas iniciativas interdisciplinares. Com o presente artigo visa-se discutir a respeito da autonomia privada da criança intersexual diante da teoria da incapacidade jurídica. A autonomia privada da criança intersexual representa um direito humano, relevante e atual. Adotou-se uma abordagem de natureza qualitativa com revisão de literatura e revisão legislativa. Ao longo da revisão, constatou-se que a legislação, mecanismo de proteção desse segmento, está em contínua mudança. Quanto à produção científica sobre a intersexualidade, evidencia-se que as nomeações da situação intersexual são diferentes, conforme o campo do saber e da prática. Constata-se, ainda, que a discussão sobre autonomia da criança inter-

sexual não tem sido privilegiada. Reconhecendo-se o paradigma atual da proteção da criança, tem-se que o poder familiar, outrora irrestrito, passou a ser mitigado pelo princípio do melhor interesse da criança. Entende-se como medida mais adequada à proteção da criança que a cirurgia de definição do sexo, quando não for necessária à manutenção da vida, seja protelada, visando à percepção da criança enquanto parte do processo de definição do sexo de criação. Essa posição se fundamenta na dimensão participatória ou emancipatória que incide no debate sobre a capacidade de a criança exercer seus próprios direitos, segundo o conceito de autonomia progressiva.

Palavras-chave: Direito da personalidade. Direito da criança. Intersexualidade. Autonomia.

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora Associada de Direito Civil na Universidade Federal da Bahia; Professora Adjunta na Universidade do Estado da Bahia e no Centro Universitário Estácio de Sá; Rua da Paz, Graça, 40150-140, Salvador, Bahia, Brasil; roxana-cbborges@gmail.com

** Mestra em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia; Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia; Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Direito à Saúde e Família; Professora no Centro Universitário Jorge Amado; andrea_leone88@hotmail.com

*** Doutora em Saúde Pública pelo Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia; Pós-graduada em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz; Juíza de Direito; Professora do Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea na Universidade Católica do Salvador; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Direito à Saúde e Família; Largo da Palma, Nazaré, 40040-170, Salvador, Bahia, Brasil; isabelmsol@gmail.com

Abstract: The topic of the autonomy of the child encompasses historical evolution of the child as a subject with legal rights. A child born with ambiguous genitalia presents a complex situation that calls for various interdisciplinary initiatives. This article aims to discuss the private autonomy of the intersex child in light of the theory of legal incapacity. The private autonomy of the intersex child is a human right, relevant and current. A qualitative approach was used with literature and legislative reviews. The reviews showed that the legislation, the protective mechanism for this segment, was continuously changing. In regards to the scientific literature, different terminology is used according to the field of knowledge. It was also found that there is not much attention given to discussing the autonomy of the intersex child. Given the current paradigm for protecting the child, the family's power, once unrestricted, is now mitigated by the principle of the best interest of the child. In consideration of the child's perspective in defining his /her sex during his/her upbringing, and in order to protect the child, sex-defining surgery should be postponed except in life-threatening cases. This position is based on the participatory and emancipatory dimensions of the debate about the capacity of the child to exercise her rights, according to the concept of progressive autonomy.

Keywords: Personality rights. Rights of the child. Intersexuality. Autonomy.

Introdução

O tema relativo à criança com intersexo vem sendo discutido no âmbito das ciências sociais aplicadas, mas há diversos e complexos aspectos que dialogam com a saúde, a psicologia, a filosofia, a antropologia, a educação, entre outros, que demandam discussão e pesquisa. Com o presente artigo visa-se analisar a autonomia privada da criança intersexual diante da teoria da incapacidade jurídica. O interesse em tratar do tema surgiu a partir da constatação, após revisão de literatura, de que os trabalhos publicados abordam a temática a partir de perspectivas diversas das que privilegiam a autonomia privada da criança intersexual.

A partir dessa constatação emergiram os seguintes problemas de pesquisa: como a autonomia privada da criança intersexual dialoga com a teoria da incapacidade jurídica?

A intersexualidade constitui uma situação de natureza interdisciplinar que interessa a algumas áreas da medicina, como endocrinologia, urologia, genética, pediatria, assim como à bioética, à psicologia, à saúde coletiva, à educação em direitos humanos, ao serviço social e ao próprio direito (CANGUÇU-CAMPINHO; LIMA, 2014).

Considera-se, neste trabalho, a relação com os direitos humanos, os direitos da personalidade e o direito da criança para integrar a discussão, cujo conteúdo interessa a toda a sociedade. Para isso, adotou-se um método com abordagem de natureza qualitativa de forma a buscar o fortalecimento da compreensão sobre a temática eleita (MINAYO, 2006). Optou-se pela revisão de literatura e pelo levantamento de bases legislativas.

A revisão de literatura foi feita com base em artigos, livros, periódicos sobre as temáticas criança, intersexo, Anomalia do Desenvolvimento Sexual (ADS), Desordens do Desenvolvimento Sexual (DDS) e direitos de personalidade, em especial o direito à identidade. Foi feito, ainda, um levantamento na base de dados do Scielo com as palavras-chave ADS, DDS, intersexo, direito e criança.

Realizou-se um levantamento de bases legislativas a respeito de direitos humanos, direitos fundamentais, direitos da personalidade e da relação desse conjunto de direitos com os direitos da

população infanto-juvenil, assim como com a categoria diversidade sexual. Privilegiou-se a legislação vigente, considerada a normativa nacional e a internacional assimilada na Constituição Federal.

O tema proposto interessa, igualmente, à discussão de gênero. No entanto, considerando a amplitude da produção científica na área de gênero e as abordagens que admite (HOGEMANN, 2014; SMORTO, 2014), neste trabalho optou-se por enfatizar a discussão da autonomia (LOPES, 2015), a partir do olhar da especificidade das minorias (ANDRIGHETTO; OLSSON, 2014).

1 Intersexualidade

Para tratar da questão da autonomia da criança com intersexo, prudente distinguir a intersexualidade tanto da transexualidade quanto da homossexualidade. A intersexualidade decorre do desequilíbrio entre os fatores que determinam o sexo (SUTTER, 1993). Esse desequilíbrio ocorre uma vez a cada 4.500 nascimentos (VILAR, 2009), sendo fundamental para a sua detecção precoce o cuidadoso exame dos genitais de todo recém-nascido (DAMIANI; GUERRA JUNIOR, 2007). Entre os diversos tipos de ambiguidade da genitália externa no nascimento da criança, a hiperplasia congênita adrenal é a causa mais comum (CASTRO; ELIAS, 2005).

Os indivíduos que se encontram nessa condição apresentam caracteres tanto masculinos quanto femininos (VILAR, 2009). Embora a nomeação intersexo corresponda a um termo guarda-chuva, pois abrange diversos tipos, entre os quais o pseudo-hermafroditismo feminino, conhecido popularmente e de forma equivocada como hermafrodita, neste artigo utiliza-se o termo para não se referir ao acolhido no Consenso de Chicago. Na literatura, o termo intersexo está em desuso por denotar um sentido intermediário ou de um terceiro sexo, o que não seria adequado para o paciente (DAMIANI; GUERRA JUNIOR, 2007), passando a ser nomeado como Anomalia do Desenvolvimento Sexual (ADS) ou Desordem do Desenvolvimento Sexual (DDS) (DAMIANI; GUERRA JUNIOR, 2007; CANGUÇU-CAMPINHO; BASTOS; LIMA, 2009).

No presente artigo dialoga-se com o modelo social de deficiência, que reconhece o corpo com impedimentos como uma expressão da diversidade humana e não apenas como resultado de um diagnóstico biomédico de “anomalias” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009). Entende-se que as nomenclaturas ADS ou DDS transmitem uma ideia de que a intersexualidade é resultado de “anomalias” ou “desordens”, reforçando o estigma sobre as pessoas com intersexo (DAMIANI; GUERRA JUNIOR, 2007). Optou-se pelo termo intersexo em face do tensionamento entre as opções supra.

O tratamento médico da intersexualidade pode vir a se prolongar por toda a vida da pessoa, com a necessidade de realização de exames, da utilização de medicamentos e da realização de cirurgias corretivas (GUERRA JUNIOR; GUERRA, 2007). A pessoa com intersexo ainda tem que enfrentar o preconceito social e cultural, assim como a ignorância e a invisibilidade que ainda pairam sobre o assunto no meio acadêmico e científico (GUERRA JUNIOR; GUERRA, 2007).

A literatura distingue sexo biológico e sexo psicológico. O sexo biológico é constituído pelas “[...] características orgânicas cujo resultado é o fenótipo (aparência do indivíduo)” (SUTTER, 1993, p. 31), sendo estas compostas pelo sexo genético, que corresponde aos cromossomos; pelo

sexo endócrino, que corresponde à composição hormonal, a qual exerce influência no organismo da pessoa; pelo sexo morfológico, “[...] que diz respeito à forma ou à aparência de uma pessoa na conformação anatômica de seus órgãos genitais, na presença dos caracteres sexuais secundários (mamas, pilosidade, timbre de voz).” (CHOERI, 2004, p. 84; SZANIAWSKI, 1998). O sexo psicológico corresponde à “[...] reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos” (SUTTER, 1993, p. 43), e Choeri (2004, p. 86) ressalta que essa reação psicológica é o resultado de um conjunto de características “[...] formadas pela educação (gênero educacional – orientação e pressões impostas quando criança), da expressão pública da identidade (papel do gênero – coisas que a pessoa faz, fala ou sente), da identidade de gênero.”

Observa Barboza (2012, p. 135) que, na contemporaneidade, a categoria sexo é analisada criticamente, uma vez que “[...] as figuras do homem e da mulher são construções sociais e culturais de grande complexidade, modeladas por regras e códigos simbólicos meticulosos, e que se restringem, portanto, à condição de macho ou de fêmea.” Entende essa autora que no lugar do sexo deve ser adotada a noção de gênero “[...] que permite reconhecer os procedimentos que são constitutivos do homem e da mulher.” (BARBOZA, 2012, p. 135).

Ao diferenciar sexo de gênero, Barboza (2012, p. 136) esclarece que

[...] enquanto o gênero corresponde ao papel que é atribuído a cada sexo, configurando o que é masculino e feminino, de acordo com regras preestabelecidas, o sexo encontra-se atrelado francamente ao determinismo biológico, ou melhor, genital, sendo estabelecido por ocasião do nascimento. A partir deste momento é designado o que compete ao recém-nascido fazer ao longo de sua vida, os âmbitos privado e público, em razão do seu sexo.

A distinção conceitual de sexo e gênero foi desenvolvida na década de 1950 pelo psicólogo John Money. Ele entendia que gênero era estabelecido apenas e somente por uma construção social; para o autor o gênero e a identidade sexual seriam modificáveis até os 18 anos de idade. Ressalta Colapinto (2001) que durante décadas a teoria de Money foi utilizada como fundamento para a intervenção cirúrgica de crianças hermafroditas, com um considerável apoio da comunidade científica internacional.

Colapinto (2001) destaca que Money utilizava os recursos terapêuticos para produzir em crianças operadas determinados “comportamentos adequados” a seu sexo, principalmente referentes ao controle de suas sexualidades. Essas condutas passaram a ser denunciadas por militantes de associações de intersexo, que lutavam contra a prática comum nos hospitais americanos de realizar cirurgias em crianças que nasciam com genitália ambígua (COLAPINTO, 2001). Para Guimarães e Barboza (2014, p. 58), “[...] a teoria da plasticidade do gênero desenvolvida pelo psicólogo era amplamente aceita pela Medicina, e fundamentava as prescrições terapêuticas para os casos de mutilação genital e de criança intersexo com ambiguidade genital.”

Para Brito (2012, p. 17),

[...] a sexualidade, por sua vez é uma condição complexa, relacionada com a atividade e a diversidade sexual na espécie e que é componente da personalidade, tendo

todos os indivíduos o direito de manifestá-la, em sua integralidade, sob pena de redução da personalidade e, conseqüentemente, da sua própria humanidade.

Entende Choeri (2004, p. 86) que a distinção de sexo civil (jurídico ou legal) “[...] consiste na determinação do sexo em razão da vida civil de cada pessoa, em suas relações na sociedade, trazendo inúmeras conseqüências jurídicas.”

A definição do sexo civil tem como base a análise do sexo morfológico (SZANIAWSKI, 1998). No caso das crianças com intersexo que nascem com ambigüidade genital, essa definição já encontra o primeiro obstáculo, considerando que nesse caso não é possível determinar o sexo apenas com o exame da genitália. A sua visualização, por si só, não é suficiente para uma afirmação conclusiva em muitos casos de intersexualidade.

Na revisão normativa foram encontrados documentos essenciais para a proteção da criança com intersexo, como a Convenção sobre Direitos da Criança, a Constituição Federal do Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, a Resolução n. 1.664/2003 do Conselho Federal de Medicina e a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que, juntos, formam uma rede de proteção, tanto no que se refere ao seu peculiar estado de desenvolvimento quanto à necessidade de proteção da sua dignidade, a exigir efetivação.

No campo dos projetos de lei, encontrou-se um projeto que dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei n. 6.015 de 1973 (BRASIL, 2013).

A Resolução n. 1.664/2002, emitida pelo Conselho Federal de Medicina, trata do intersexo e propõe, entre outras medidas, que a criança com intersexo seja considerada caso de urgência médica e social, cujo tratamento deve ser buscado em tempo hábil, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, princípio basilar dos direitos humanos.

Em que pese a intersexualidade não se tratar apenas de uma diferenciação genética, é necessária a utilização da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, promulgada em 1997 pela Unesco, para a proteção integral da criança com intersexo, pois essa Declaração estabelece, entre princípios basilares, no artigo 2º, alíneas “a” e “b”, que: “a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.”

Ressalta Lima Neto (2008, p. 86) que “[...] a discriminação por motivos genéticos fere os direitos da personalidade porque coloca o ser humano na posição de um simples objeto da natureza, uma mera conseqüência da ação biológica.”

A criança que nasce em situação de intersexo, por não ter o sexo definido no momento do nascimento, precisa de uma atenção especial que abrange o direito à realização de exames, ao atendimento interdisciplinar, ao acolhimento familiar e à atenção psicológica, ressaltando-se, no presente artigo, a importância e a proteção que devem ser atribuídas à sua autonomia para participar do tratamento de sua condição.

Intersexualidade e transexualidade não se confundem. Para Choeri (2004, p. 93), transexual “[...] é o indivíduo que se identifica como pertencente ao sexo oposto e experimenta grande

frustração ao tentar se expressar através de seu sexo genético.” Segundo o Conselho Federal de Medicina, na definição da Resolução n. 1.955/2010, o transexual é “[...] portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou auto-extermínio.” A transexualidade está na Classificação Internacional de Doenças (CID), n. CID-10. F-64.0, na categoria Transtornos da identidade sexual, no grupo de Transtornos da personalidade e do comportamento adulto.

Em que pese essa visão se revele biologista e patologizante, há uma visão construtivista de transexualidade, segundo a qual esta nada mais é do que a nomenclatura dada para “[...] os conflitos do sujeito que não encontra no mundo nenhuma categoria classificatória e, a partir daí, buscará ‘comportar-se como transexual’” (BENTO, 2006, p. 47), enquadrando a problemática nas questões de gênero.

Da mesma forma, intersexualidade e homossexualidade são condições distintas. Para a Organização Mundial de Saúde, no seu Código Internacional de Doenças, a homossexualidade é entendida como um transtorno mental (AGUIAR, 2008). No entanto, há crescente movimentação para a retirada da homossexualidade do CID e sua despatologização. Na definição de Vieira (2008, p. 156), a “[...] homossexualidade é vista como a relação amorosa entre duas pessoas do mesmo sexo”, visto que “[...] uma das principais diferenças entre o transexual e o homossexual é que este está satisfeito com o seu sexo, do qual se orgulha.” (VIEIRA, 2008, p. 156). Assim, “[...] homossexual é o indivíduo que se sente atraído sexualmente por pessoa do mesmo sexo, mas não tem, psicologicamente, a intenção ou o desejo de mudar sua autonomia para o sexo oposto.” (CHOERI, 2004, p. 90).

2 Autonomia privada e autonomia jurídica existencial

Para a análise da autonomia da criança com intersexo e a possibilidade de sua participação no processo decisório sobre sua intersexualidade, importa abordar os conceitos de autonomia privada, autonomia jurídica individual ou existencial e sua relação com a autonomia dos incapazes.

Em sentido amplo, denomina-se autonomia jurídica individual a liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar lícitamente. A licitude da conduta reside, nesse aspecto, na ausência de sua proibição.

O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, à liberdade negocial. Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico (BORGES, 2007, p. 47). Com esse poder que o ordenamento jurídico atribui ao sujeito, este se torna apto a estabelecer “miniordenamentos jurídicos” para situações específicas de sua vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, que disciplinem situações concretas de seu dia a dia.

Ferri elabora um amplo estudo sobre a autonomia privada, e, nele, autonomia privada é sinônimo de poder de disposição. Para Ferri (1959, p. 224) autonomia privada e poder de disposição são exatamente o mesmo conceito; poder de disposição significa o poder de ditar normas (FERRI, 1959, p. 226), já que, em sua concepção de negócio jurídico, este é norma jurídica e autonomia privada é um poder normativo (FERRI, 1959, p. 248).

Conforme Andrade (1998, p. 27), a autonomia privada é a “[...] ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares” e o negócio jurídico é “[...] o meio posto pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada (singular ou coletiva) para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com os seus interesses, como os entende ou aprecia.”

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Esse princípio se materializa por meio da realização de negócios jurídicos. Os negócios jurídicos são instrumentos “[...] que o próprio direito põe à disposição dos particulares, para servirem de base aos seus interesses na vida de relação, por conseguinte, para dar vida e permitir o *desenvolvimento* das *relações* entre eles.” (BETTI, 1969, p. 92, grifo do autor).

A autonomia privada traduz a liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato, de escolher, quando puder, a forma do ato. Segundo Borges (2007), o maior campo de atuação da autonomia privada é o direito das obrigações, nas relações jurídicas patrimoniais, mas não exclusivamente.

A autonomia privada não se restringe aos negócios patrimoniais. Perlingieri (1999, p. 276) chegou a afirmar que as “[...] expressões de liberdade em matéria não patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional.” Quanto às relações não patrimoniais, deve-se ressaltar que o negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato, e envolve manifestação de autonomia privada, seja ela de cunho patrimonial ou não.

De acordo com Borges (2007), a autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso da imagem, da voz. Segundo Perlingieri (1999), a autonomia privada “[...] se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa.”

Para Perlingieri (1999, p. 276), os atos de autonomia privada têm fundamentos diferentes. Não se pode, por exemplo, reconduzir à liberdade econômica atos distintos como a venda de mercadorias e o consentimento para um transplante. Segundo o autor, “[...] quando a negociação diz respeito às situações subjetivas não patrimoniais, os atos de autonomia se relacionam diretamente ao art. 2º Const. [da Constituição italiana]”, que alguns comparam ao art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira.

Portanto, os atos de autonomia privada acontecem em áreas diversas, não apenas no âmbito econômico. Quando a negociação é sobre interesses não patrimoniais, os atos de autonomia privada normalmente estão relacionados aos direitos de personalidade. É o que ocorre na atuação da

autonomia privada sobre doação de sangue, doação de órgãos, cessão de uso de imagem e de nome, cessão de direitos sobre a privacidade e a intimidade, entre outros.

Embora o conceito de autonomia privada possa abranger as possibilidades de negócios jurídicos de conteúdo não patrimonial, como os que têm por objeto os direitos de personalidade, convém manter o conceito de autonomia jurídica individual ou existencial para se referir a questões não negociais sobre os aspectos do ser da pessoa, ou seja, para o exercício de liberdades não patrimoniais que não sejam expressas por meio de negócios jurídicos. Entende-se que tanto a autonomia privada sobre direitos de personalidade quanto a autonomia jurídica existencial, por se voltarem aos aspectos existenciais da atuação da pessoa, devem ser garantidas também aos considerados incapazes. Os modos de ser da pessoa não podem ser exercidos por representação, sob pena de se negar a própria ideia de dignidade.

3 Autonomia dos incapazes e crítica à teoria das incapacidades no direito brasileiro

Personalidade jurídica, no sentido formal, é um atributo jurídico que permite às pessoas a possibilidade de constituir relações jurídicas (BORGES, 2007, p. 8). A personalidade jurídica é, dessa forma, um requisito para que a pessoa ingresse no mundo jurídico e seja reconhecida como sujeito de direitos e deveres. No sentido material, contudo, personalidade se aproxima da ideia de dignidade da pessoa humana.

No primeiro sentido, a noção de pessoa e, conseqüentemente, de sujeito de direito é tida como meramente formal, sem conteúdo, pois significa nada mais que a situação de um ente a quem o ordenamento jurídico reconhece a potencialidade de participar de relações jurídicas e de adquirir direitos e deveres. O conceito formal de personalidade jurídica está, dessa forma, ligado a um papel que a pessoa possa vir a exercer no mundo jurídico, a uma função que ela possa vir a ocupar em determinada relação jurídica (BORGES, 2007, p. 9). Essa concepção de personalidade, conforme Perlingieri (1972, p. 43), não atribui à pessoa seu real valor, pois considera o sujeito em termos meramente mecanicistas.

Com o passar do tempo, a personalidade vem sendo entendida mais como valor jurídico ou como princípio do que como atributo jurídico. Dantas (2001, p. 152) já percebia essa distinção entre personalidade jurídica e capacidade de direito. Em seu *Programa de direito civil*, registrou o professor que a expressão “direitos de personalidade” não tem relação exclusiva com a noção de personalidade jurídica enquanto capacidade de ter direitos e obrigações. A personalidade, quando se trata dos direitos de personalidade, era considerada por Dantas (2001) um fato natural, “[...] como um conjunto de atributos inerentes à condição humana.” O autor distinguiu duas acepções do termo “personalidade”: uma delas é puramente técnico-jurídica e significa a capacidade de alguém ter direitos e obrigações (ou seja, a atual definição de capacidade jurídica); a outra acepção é natural e equivale ao conjunto dos atributos humanos, como a honra, a vida, a integridade corpórea, a liberdade.

Mota Pinto (1976, p. 62) também vincula a noção de personalidade jurídica à ideia de dignidade da pessoa humana, que se valoriza com o reconhecimento de um círculo de direitos de

personalidade. A personalidade jurídica significa, para o autor português, mais do que a aptidão para desempenhar papéis no mundo do direito.

A afirmação de que a personalidade é um valor fundamental do ordenamento jurídico é argumentada por Perlingieri (1972, p. 45) quando analisa a forma como as várias expressões dos direitos de personalidade devem ser protegidas. Para o autor, há um direito geral de personalidade que protege a pessoa como um valor unitário, sem subdivisões. Por isso, ele sustenta que a personalidade corresponde à unidade de valor que a pessoa representa em nosso ordenamento jurídico. Essa unidade de valor não pode, assim, ser dividida em diferentes interesses, bens ou ocasiões, pois a pessoa é um todo, não partes acrescidas umas às outras. O que é tutelado pelo direito de personalidade não são situações existenciais específicas, mas o valor da pessoa, um valor unitário, ou seja, o valor da personalidade jurídica (PELINGIERI, 1999, p. 155).

Da mesma forma, o conceito jurídico de capacidade também deve ser visto sob dois aspectos: um formal e outro material. No Direito Civil, o atributo da capacidade se divide em duas espécies: capacidade de direito (também chamada de capacidade de aquisição ou de gozo) e capacidade de fato (ou capacidade de exercício). Autores da doutrina civilista tratam os conceitos de personalidade jurídica (em sentido formal) e capacidade de direito como sinônimos, reconhecendo-o como o atributo que permite ser titular de direitos e deveres na ordem civil ou o atributo para titularizar situações jurídicas.

A capacidade de fato, por sua vez, é a capacidade de o sujeito exercer, por si, os direitos de que é titular. Assim, atualmente, no Brasil, todos os seres humanos nascidos vivos (não se aborda neste artigo a questão sobre o nascituro) detêm personalidade jurídica e capacidade de direito, mas nem todos são dotados de capacidade de exercício. Estes são relativamente ou absolutamente incapazes, conforme os artigos 3º e 4º do Código Civil. As pessoas das quais o ordenamento retira a capacidade de exercício devem ser representadas (se absolutamente incapazes) ou assistidas (se relativamente incapazes) pelos pais ou tutores (no caso de menoridade) ou por curadores (para os interditos).

Ocorre que a teoria das incapacidades, como hoje se apresenta no texto codificado, foi forjada em uma época em que todo o Direito Civil era guiado para a tutela de interesses patrimoniais. Por isso, tanto a definição de personalidade jurídica quanto as hipóteses de incapacidade dirigem a possibilidade de titularizar e de exercer direitos de conteúdo patrimonial. Contudo, atualmente, a partir das releituras influenciadas pela constitucionalização e pela repersonalização (FACHIN, 2012; PERLINGIERI, 1999; TEPEDINO, 1999) do Direito Civil, percebe-se a insuficiência desses conceitos para atenderem aos interesses existenciais da pessoa humana, quais sejam, os ligados diretamente aos seus direitos de personalidade (privacidade, corpo, vida, imagem, nome, honra, liberdade).

Dessa forma, impõe-se reconhecer aos formalmente incapazes (ou seja, aos considerados relativamente ou absolutamente incapazes) a titularidade de algum grau de autonomia jurídica que decorre diretamente de sua condição de pessoa, de sua dignidade, independentemente de menoridade ou de eventual processo de interdição.

Afirma-se, portanto, que mesmo os incapazes são dotados de autonomia jurídica para participar dos processos decisórios quanto às questões que afetem sua dignidade, seu modo de ser, seus interesses existenciais. A teoria das incapacidades, cristalizada no Código Civil, aplica-se ao que

ela se destina historicamente: apenas aos direitos patrimoniais. Logo, é imperioso reconhecer que há uma capacidade, de fato, formal, dirigida a direitos patrimoniais, e uma capacidade, de fato, material, voltada à garantia da autonomia da pessoa em suas questões existenciais. Por isso, necessário se faz reconhecer que a criança, embora menor e incapaz, é detentora de autonomia, na medida do seu desenvolvimento, para participar de tomadas de decisão que afetem sua dignidade.

É nesse sentido que Aguiar (2012) percebe que “[...] a escolha legislativa se dá, certamente, em razão da necessidade de ofertar-se aos cidadãos, sob a égide da lei, segurança jurídica de que os atos praticados com a pessoa em idade maior são plenamente válidos”, mas observa, criticamente, que “[...] essa segurança jurídica baseia-se, precipuamente, no campo no direito civil na atividade envolvendo atos e negócios jurídicos, de forte cunho econômico.” (AGUIAR, 2012, p. 88). Para ela,

[...] no tocante aos atos pertinentes ao seu próprio corpo e à sua vida, portanto, que dizem de perto com os direitos de personalidade correspondentes, a pessoa deve ter reconhecida, igualmente, uma maioria específica legalmente fixada, a qual a possibilite a tomar as decisões que bem lhe aprouver no tocante a esses bens (AGUIAR, 2012, p. 88).

Em que pese a limitação legal da capacidade jurídica, faz-se necessária a flexibilização dessa exigência a fim de refletir, na prática, o princípio da proteção integral da criança e o respeito às suas opiniões, como garantido na Convenção dos Direitos da Criança e chancelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressalta Aguiar (2012, p. 90) que hoje, com o largo acesso à mídia, “[...] não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural.” A autora questiona se, no que se refere ao direito à saúde, a autonomia não deveria estar desvinculada do conceito de capacidade civil, indagando “[...] sob qual fundamento o corpo e a saúde devem ser geridas por um adulto que desses direitos correspondentes não é o próprio titular?” (AGUIAR, 2012, p. 97). Por se tratar de aspecto não patrimonial, qualquer ação que interfira na integridade física de uma pessoa, principalmente as interferências irreversíveis, não devem ser tratadas da mesma “[...] forma que os atos jurídicos em geral para os quais foi construída a maioria civil.” (AGUIAR, 2012, p. 97).

É também nesse sentido que propõe Perlingieri (2002, p. 260):

É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre minoridade e maioria, entre incapacidade e capacidade. A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente, as relações patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.

Diante disso, surge o problema sobre as condições e limites do exercício da autoridade parental. Podem os pais (ou o tutor), em qualquer situação, exercer os direitos dos filhos? (AGUIAR, 2012, p. 99). O que normalmente não se questiona em matéria de representação no exercício dos

direitos patrimoniais precisa ser criticado quando estão em jogo direitos existenciais, de conteúdo não patrimonial, expressos pelos direitos de personalidade. Nessa seara, por se tratarem de categorias do ser, inseparáveis da própria pessoa, a teoria das incapacidades mostra-se inadequada, devendo dar espaço ao reconhecimento da autonomia da criança para participar dos processos decisórios.

As limitações à autonomia, que seriam a ordem pública e os bons costumes, para Teixeira (2010) traduzem uma lógica patrimonialista, anterior à noção de constitucionalização do Direito Civil. Nesse ponto destaca a autora:

Liberdade para decisões pessoais em situações existenciais tem seu fundamento prioritário na Constituição, que colocou a pessoa no centro do ordenamento e, por essa razão, deve ser ela senhora de si mesma. Por isso, se configuraria ilegítima a decisão de um terceiro sobre aspectos atinentes à identidade que singulariza cada pessoa humana, pois violaria o comando normativo do respeito à pessoa humana, intrínseco à dignidade. (TEIXEIRA, 2010, p. 192).

Sujeitos titulares de direitos e deveres na medida de sua capacidade, a criança e o adolescente processam a edificação de sua autonomia. Isso quer dizer, na perspectiva da educação para valores (RODRIGUES, 2001), que o ser humano se constrói socialmente e que não recebe qualquer determinação por natureza. O processo de aquisição de autonomia extrapola o mero desenvolvimento de habilidades para alcançar a ideia da formação de cidadãos. Esse processo constituiria a formação de um sujeito ético (CARRERAS, 1999), com autonomia para organizar os modos de existência e com a responsabilidade pelas suas ações e escolhas.

Rodrigues (2007, p. 168), por sua vez, entende que se faz imperioso privilegiar a autonomia do “[...] incapaz no caso concreto, independentemente de categorias de incapacidade e restrições de atuação predefinidas”, pois dessa forma é possível a efetivação da dignidade dessa criança. Teixeira (2010, p. 190), por sua vez, destaca que “[...] a pessoa não nasce plenamente autônoma. Ela vai adquirindo, paulatinamente, as condições necessárias para o exercício da autonomia, por meio de uma relação dialógica com ‘os outros’.”

Borges (2012, p. 180) reconhece as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito que merecem ter a sua dignidade garantida, mas ressalta que “[...] o direito civil e mesmo o direito das crianças e adolescentes ainda não se dedicaram de forma suficiente à compreensão sobre o exercício desses direitos por pessoas que o ordenamento jurídico considera incapazes.”

Essa afirmação se justifica pelo tradicional debruçar-se do direito civil para as questões patrimoniais, não privilegiando as questões existenciais (BORGES, 2012, p. 152). Diferentemente do direito civil, o campo da bioética demonstra certo avanço sobre essa questão, reconhecendo “[...] os direitos da personalidade e da dignidade da criança e adolescente, independentemente de seus responsáveis legais.” (BORGES, 2012, p. 180).

São quatro os princípios consagrados na literatura bioética principialista: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça (ARAUJO, 2004; BORGES, 2012). Em breves palavras, Borges (2012, p. 150) esclarece:

Segundo o princípio da autonomia, a pessoa tem domínio sobre sua própria vida e sua intimidade deve ser respeitada. O princípio da beneficência determina que

o profissional de saúde ou o pesquisador promova o bem do paciente. O princípio da não maleficência proíbe o profissional de fazer o mal, de prejudicar a saúde da pessoa. O princípio da justiça orienta à distribuição equitativa e universal dos benefícios das pesquisas científicas.

A autonomia é o princípio basilar da bioética, seu principal objetivo é “[...] fazer respeitar a liberdade individual da pessoa (do paciente), por se considerar, na bioética, que a própria pessoa sabe o que é melhor para si.” (BORGES, 2012, p. 161). O “[...] princípio da autonomia em bioética gera deveres como o respeito à pessoa, à sua liberdade, à sua visão de mundo, à sua intimidade e à sua privacidade, impondo aos médicos, por outro lado, dever de veracidade e esclarecimento” (BORGES, 2012, p. 157); esses componentes fortalecem a construção da personalidade e garantem a noção de dignidade da pessoa humana.

Entende Bueso (2012) que a autonomia do paciente deriva do direito à integridade física e moral, ressalta a importância “[...] da informação adequada para empoderar o paciente e, dessa forma, garantir a sua autonomia.” A Constituição Federal de 1988 incorporou a saúde como direito do cidadão e dever do Estado. Ressalta Wanssa (2011, p. 109) que, associada a essa incorporação, “[...] na VII Conferência Nacional da Saúde, foram estabelecidos os direitos da população não só ao acesso aos diferentes níveis de assistência à saúde, mas também a sua participação na formulação das prioridades da saúde por mecanismos legais.” Nesse contexto, de afirmação do paciente enquanto sujeito autônomo, participante do processo como um todo, mitigando o modelo da beneficência e dando lugar ao modelo da autonomia que “[...] se reformula o Código de Ética Médica e se institui o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, ambos de importância na afirmação do direito do paciente à informação e ao consentimento livre.” (WANSSA, 2011, p. 109).

Segundo Wanssa (2011, p. 106), “[...] o direito à autodeterminação vem questionando profundamente a chamada atitude paternalista do médico, que, à primeira vista, saberia o que é melhor para o paciente.” E destaca que “[...] frente à necessidade de promover a autonomia do paciente, cabe ao médico prover a informação, assegurar a compreensão e garantir a livre adesão do mesmo ao tratamento proposto.” Nessa esteira, o autor diferencia o respeito a um “ser autônomo” de um respeito a um “agente autônomo”, em suas palavras “[...] respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o direito dessa pessoa de ler suas opiniões, fazer escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais.” (WANSSA, 2011, p. 143). Para esse autor, não é necessário apenas uma atitude respeitosa, mas uma ação respeitosa que empodere o paciente ao alcance da sua autonomia.

Beauchamp e Childress (2002, p. 144) ressaltam que “[...] a autonomia não é nosso único valor e que o respeito pela autonomia não é o único imperativo moral.” Destacam esses autores que ainda nos dias atuais é perceptível a utilização da autoridade médica em detrimento da promoção da autonomia do paciente e ressaltam que, muitas vezes, o próprio paciente se coloca nesse papel de dependência, que se justifica pelo processo histórico de submissão ao modelo de beneficência (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Ao analisar as conexões entre bioética e direitos da personalidade, Borges (2012, p. 157) afirma que o princípio da autonomia emerge como um importante ponto de convergência, e que por

meio desse princípio é possível perceber que “[...] muito de seu conteúdo é a versão jurídica, nos direitos da personalidade, do princípio bioético da autonomia.” Diferentemente do Direito Civil, que entende que as crianças e os adolescentes até 16 anos de idade são absolutamente incapazes, e por isso praticamente desconsidera a opinião desses indivíduos, a bioética entende que deve ser considerada a opinião das crianças e adolescentes “[...] diante de fatos que impactam sua vida, independentemente de seu estado jurídico.” (BORGES, 2012, p. 181). Destaca Borges (2012, p. 161) que a decisão desses sujeitos deve ser válida, inclusive, para afastar intervenções médicas.

4 A proteção da criança e do adolescente

Influenciada pelos princípios que regem a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Assembleia Geral da ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) aprovou a Declaração dos Direitos das Crianças (DDC) em 1959, “[...] constituindo esse documento um verdadeiro divisor de águas, pois a criança passou a ser vista como sujeito de direitos, abandonando-se o conceito de que era objeto de proteção.” (ROSSATO; LEPORE; CUNHA, 2014, p. 50).

A Declaração de 1959 “[...] apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos Direitos” (BOBBIO, 2010, p. 34), assim, “[...] os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico.”

Em que pese a importância atribuída à DDC, a Assembleia Geral das Nações Unidas percebeu a necessidade de um documento que tivesse coercibilidade. Nesse contexto, a Assembleia Geral aprovou em 1989 a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), documento com “[...] força jurídica obrigatória, cujo cumprimento poderia ser exigido dos Estados-Partes.” (ROSSATO; LEPORE; CUNHA, 2014, p. 60). A CDC assimilou diversos documentos que, em diversos aspectos, fizeram referência a alguns direitos das crianças, como a “Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948 (artigos 25 e 26), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 [artigos 10(3), 12(2) (a) e 13(2)], o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigos 23 e 24).” (DOLINGER, 2003, p. 85).

Os direitos da criança estão internacionalmente tutelados pela CDC (ROSSATO; LEPORE; CUNHA, 2014), cuja proclamação determinou que as crianças, em razão do especial estado peculiar de desenvolvimento (MARTINEAU, 1999; FREEMAN, 1997), têm direito à ajuda e à assistência especial, e que a família deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar seu papel na comunidade.

No entendimento de Piovesan (2008), essa Convenção acolhe a concepção da proteção integral da criança e a reconhece como verdadeiro sujeito de direitos e deveres em peculiar condição de desenvolvimento a exigir absoluta prioridade. A concepção contemporânea dos direitos humanos prevê direitos civis e políticos ao lado de direitos econômicos, sociais e culturais, partindo do entendimento que esses direitos são interdependentes e indivisíveis.

A CDC garante, ainda, medidas adequadas para a não discriminação e para a ajuda apropriada aos pais na educação de seus filhos. Os princípios estruturantes dos direitos desse segmento populacional estão elencados nos artigos 2º, 3º, 6º e 12 e são eles, respectivamente: a não discriminação; o melhor interesse da criança; o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; e o respeito pelas opiniões das crianças. Esses princípios incidem, igualmente, na proteção da criança com intersexo.

A Convenção estabelece como princípio norteador “o interesse maior da criança”, que significa a “[...] obrigação dos Estados de respeitar as responsabilidades, direitos e obrigações dos pais de prover direção apropriada para o exercício, pela criança, dos direitos reconhecidos na Convenção, de uma forma consistente com a evolução das suas capacidades.” (DOLINGER, 2003, p. 95).

Na perspectiva da formação de um sujeito responsável, “[...] são necessárias condições básicas na família para que se dê o livre desenvolvimento da personalidade, por meio do processo de identificações.” Nesse sentido, “[...] a personalidade desenvolve-se sobre uma base corporal e apoia-se nas relações com os cuidadores – em geral a mãe e o pai que, por sua vez, precisam ser minimamente cuidados pelo Estado.” (GROENINGA, 2006, p. 450).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos humanos passaram a ocupar posição de supremacia com a Constituição Federal de 1988, que, nesse contexto, engloba como direitos fundamentais os direitos à vida, à saúde, à igualdade, à infância. No capítulo intitulado: *Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso*, a Constituição traz a inovação mais significativa quanto à proteção da criança e do adolescente, com a inclusão do artigo 227, que lhes assegura direito à saúde, à família, à dignidade, entre outros, e impõe o dever à família, à sociedade e ao Estado de colocar a criança e o adolescente a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com a inserção do artigo 227 na CF, “[...] a criança e o jovem se transformam em prioridades de Estado. A legislação pretende protegê-los da família desestruturada e dos maus tratos que venham a sofrer.” (BRASIL, 1988). Nesse contexto de proteção aos direitos da criança e do adolescente e com a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, o papel do Estado passa a ser redimensionado em relação às políticas sociais, facilitando o aparecimento das Organizações Não Governamentais (ONGs) (PASSETI, 2004, p. 366).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que entrou em vigor na data de 14 de outubro de 1990, seguiu a orientação principiológica da Constituição Federal, abandonando o termo menor que, para Nogueira (1966, p. 7), “[...] não deixa de ser estigmatizante.” Entre os avanços trazidos pelo ECA em relação ao Código de menores, pode-se destacar: o entendimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito, diferenciando-os do revogado Código de Menores, Lei n. 6.697/79, que tratava os menores como objetos de medidas judiciais (RIZINNI, 2000; MENDEZ, 1994); e a proteção a toda e qualquer criança e adolescente, diferente do que previa o Código de Menores, que, no artigo 2º, limitava sua aplicação a menores em situação de risco pessoal (NOGUEIRA, 1966). Nesse sentido, destaca Mendez (1994, p. 53):

Pela primeira vez, uma construção do direito positivo, vinculada à infanto-adolescência, rompe explicitamente com a chamada doutrina da ‘situação irregular’,

substituindo-a pela doutrina da ‘proteção integral’, também denominada de ‘Doutrina das Nações Unidas para a proteção dos direitos da infância’.

O ECA assimilou o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, constituindo verdadeiro emparelhamento com as diretrizes internacionais que entraram em vigor com a Convenção sobre os Direitos da Criança. O Estatuto garante à população infanto-juvenil condições para a promoção de seu desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual, com dignidade e liberdade (BRASIL, 1990). O desafio é colocar em prática as inovações trazidas por esse Estatuto (MENDEZ, 1994). Nesse sentido, Veronese (1997, p. 15) infere:

O Estatuto da criança e do adolescente tem a relevante função, ao regulamentar o texto constitucional, de fazer com que este último não se constitua em letra morta. No entanto, a simples existência de leis que proclamem os direitos sociais, por si só não consegue mudar as estruturas. Antes há que se conjugar aos direitos uma política social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados.

O conceito de proteção integral é abrangente, refere-se “[...] à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à conveniência familiar e comunitária, à educação, à profissionalização, ao lazer e ao esporte.” (ELIAS, 2005, p. 2). Destaca Sêda (1995, p. 24) que “[...] na doutrina da proteção integral, o Direito, muito mais que dizer o que é justo (o que torna apenas retórico), define como buscar a justiça quando alguém a ameaça ou viola.” Embora a busca à justiça não esteja concentrada exclusivamente no Judiciário, como determinava o código de menores, pois “[...] está distribuída em todo o complexo social” (SÊDA, 1995, p. 24), essa circunstância exige das novas institucionalidades democráticas, como Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares, que desenvolvam parcerias com as organizações da sociedade civil e com as diversas instituições, promovendo a corresponsabilidade comunitária.

Com o entendimento da criança como sujeito de direito e com os avanços legislativos, que tiveram como objetivo proteger a dignidade da criança, o poder familiar, outrora irrestrito, passou a ser mitigado pelo princípio do melhor interesse da criança (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989). Segundo Szymanski (2006), quando nasce, cada criança já tem, diante de si, um mundo organizado. Tem a família como a primeira instância de acolhimento para a sua formação em valores, em escolhas e em desenvolvimento. O tema da autonomia da criança enquanto um direito em si foi trazido ao campo legislativo pela Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC).

No Brasil, o tema da autonomia da criança se revela explicitamente diante da recente Lei n. 12.010 de 2009, que alterou o artigo 48 do ECA, conferindo ao adotado o direito de conhecimento da sua origem biológica. Essa modificação, que assimila elementos do direito alemão (SZANIAWSKI, 2014), configura-se como um direito de personalidade. Encontra-se estabelecida, além do acervo normativo anterior, a possibilidade de optar por conhecer, decidir-se por buscar informações que lhe digam respeito à origem biológica, independentemente da vontade dos pais adotivos.

A perspectiva da autonomia da criança, enquanto um direito, deve ser compreendida na dinâmica das *evolving capacities*, isto é, na dimensão da autonomia progressiva conforme Lansdown

(2005). Essa autora salienta a relação interdisciplinar entre o direito e a psicologia para a compreensão do tema da autonomia, enfatizando que consta do próprio artigo 5º da CDC a responsabilidade dos Estados-partes e da família de considerarem as capacidades de cada criança para o exercício de direitos em seu próprio nome.

Considera-se, conforme Lansdown (2005), que diante de cada ambiente de diversa moldura política, cultural, religiosa, educacional, entre outras, a criança vai ter diferentes experiências de vida e adquirir as competências em diferentes idades, bem como em diferentes fases do critério etário. Esse contexto não pode ser ignorado, igualmente, diante da situação da criança intersexual. Tem a família, portanto, um papel diferenciado diante de cada circunstância; mas a perspectiva da família democrática implica o respeito mútuo, a autonomia da criança e do adolescente e a tomada de decisão mediante o diálogo, enquanto estratégia para garantir sua autonomia. Isso não significa que os pais perderam a autoridade sobre os filhos (GONÇALVES; SILVA FILHO, 2013).

Em analogia aos limites do poder familiar, Fachin (2008 p. 62) atenta para que “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana impõe (em um primeiro momento) limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes veiculados pelo Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular.” A criança, a depender do seu desenvolvimento, possui o direito de organizar os seus pertences, de escolher a religião, a orientação sexual, decidir sobre tratamento médico, etc. (TEPEDINO, 2004, p. 33).

Segundo Tepedino (2008, p. 17), quando o ECA consagrou a igualdade de todos os filhos, matéria incluída no artigo 227 § 6º da CF, acabou por determinar a inserção do filho na relação familiar “como protagonista do próprio processo educacional”. Vale dizer que o filho está autorizado a discutir os critérios de avaliação educacional e pedagógica, sendo estimulado ao controle do exercício do pátrio poder.

Em consonância com o entendimento supramencionado, Gonçalves e Silva Filho (2013) ressaltam a importância de considerar a vontade do menor balanceando com o exercício do poder familiar, sem abdicar do dever de zelo. Essa posição é igualmente partilhada por Hafén (2014), apesar do tensionamento que salienta com a CDC diante dos princípios do direito privado nos Estados Unidos.

Destaca Delgado (2006, p. 724) que “[...] se o princípio da autonomia familiar proporciona aos pais a liberdade no exercício do poder familiar, a legitimidade desse exercício está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais dos filhos.” Acompanhando a evolução do século XX, o instituto do poder familiar, denominação adotada pelo novo Código Civil, modificou substancialmente, “[...] distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.” (LÔBO, 2011, p. 19).

A denominação poder familiar, para Lobo (2011, p. 19), “[...] ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão ‘pátrio poder’, mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, somente derogada com o novo Código Civil.” Nesse sentido, Perlingieri (2002, p. 258) salienta que “[...] a relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.”

Destacam Teixeira e Penalva (2008, p. 296) que, a partir da interpretação do poder familiar sob um viés constitucional, faz-se necessária uma análise criteriosa do exercício desse poder para garantir aos menores a necessária proteção que a sua condição de vulnerabilidade requisita. Embora não façam referência ao conceito de autonomia progressiva de Landsdown (2005), os autores se reportam ao fato da relação entre paulatina redução da intervenção parental diante do gradativo desenvolvimento dos filhos, dinâmica que lhes conduz à aquisição da maturidade, em diferentes estágios.

Diante desses pontos e em respeito à dimensão científica do debate, é prudente observar as posições reativas de Hafen (2014) quando discute o abandono das crianças à sua autonomia. A condição da criança intersexual relativamente à sua autonomia demanda suporte, clareza quanto ao conceito de gênero da sua própria família, orientação pedagógica na escola, esclarecimento da sua comunidade, além do enfrentamento de discriminações e de violências.

Recente nota técnica do Ministério da Educação (ME), publicada em agosto de 2015, expressa que gênero diz respeito à construção social e às práticas, representações e identidades que posicionam os sujeitos a partir de uma relação entre a masculinidade e a feminilidade (BRASIL, 2015). Afirmando que orientação sexual, não obstante a polissemia, diz respeito a como cada sujeito vivencia as suas relações sexuais e afetivas (BRASIL, 2015), o ME reitera a importância de os conceitos de gênero e orientação sexual atravessarem tanto as políticas educacionais quanto os processos pedagógicos. Esse documento revela, no eixo do respeito à construção das escolhas, a importância do equilíbrio entre a proteção integral e o direito da personalidade. Em relação ao tema do presente artigo, faz ponte com os temas constantes nesta discussão ora abordada.

Considerações finais

O princípio do melhor interesse da criança, princípio estruturante da Convenção sobre os Direitos das Crianças e do Adolescente, emerge como o limite do poder familiar, objetivando tutelar a autonomia da criança e a formação da sua personalidade.

Para tanto, pensou-se em alguns critérios de ponderação para a realização da cirurgia de definição do sexo, quais sejam: o mal irreversível ou dano irreparável, desde que não seja necessário para garantir a vida da criança; e a idade da criança, vinculando-a à noção de crescimento e, assim, a uma maior autonomia para decisões.

A questão é complexa e vai demandar um cuidado específico em cada caso, porém, a partir desses critérios de ponderação e partindo do pressuposto de que a cirurgia não será necessária para a manutenção da vida da criança, entende-se pela protelação do procedimento cirúrgico de definição do sexo, visando permitir a vinculação da vontade da criança, uma vez que se trata de um dano irreparável, e por violar o direito ao próprio corpo, que como todo direito de personalidade, é um direito intransmissível.

Nesse cenário, é preciso investir em campanhas públicas educativas para combater a discriminação histórica da qual essas crianças são vítimas, bem como chamar a atenção do Poder Legislativo de que urge a necessidade de uma ordem normativa que acompanhe as demandas da sociedade.

O tema da autonomia da criança dialoga com a perspectiva da autonomia progressiva, que tem sido objeto de debates contemporâneos. Evidencia-se, sobretudo, que o direito de proteção e o direito de escolha devem ser equilibrados, exigindo que estudos sobre direito da personalidade da criança sejam capazes de dialogar com a perspectiva da autonomia da criança intersexual, sempre para o seu interesse primordial.

Referências

- AGUIAR, Mônica. A proteção do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (Org.). *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2008.
- AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: IDP: Atlas, 2012.
- ANDRADE, Manuel Antonio. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998. v. 2.
- ANDRIGHETTO, Aline; OLSSON, Gustavo André. Igualdade e proteção aos direitos das minorias no Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 15, n. 2, p. 443-460, 2014.
- ARAÚJO, Antônio Fábio Medrado. *Fundamentos de antropologia bioética*. São Paulo: Annablume, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Transexualidade: A Questão Jurídica do Reconhecimento de uma Identidade. In: *Revista ADVIR*, Edição número 28, Rio de Janeiro: 2012.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo*. Sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garmond, 2006.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969. v. 1-2. Tradução de: Teoria general del negozio giuridico.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução Denise Agostienetti e Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos de personalidade e bioética. In: GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei n. 5002*, fevereiro de 2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://prae.ufsc.br/files/2013/06/PL-5002-2013-Lei-de-Identidade-de-G%C3%AAnero.pdf>> Acesso em: 04 nov. 2016.
- BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. *Nota Técnica 24/2015*. Disponível <<http://www.spm.gov.br/assuntos/conselho/nota-tecnica-no-24-conceito-genero-no-pne-mec.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2015.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1990.
- BRITO, Paulo Juaci de Almeida. Sexualidade como direito de personalidade: três planos de manifestação. *Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*, Belém, v. 5, n. 8, p. 16-40, maio 2012. Disponível em: <http://esmpa.overseebrasil.com.br/imagens/Image/REVISTA_A_LEITURA/NUMERO_8/A%20LEITURA%20NR8%20V5.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- BUESO, Laura Diez. La garantía de La autonomía del paciente. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, p. 33-44, mayo 2012.
- CANGUÇU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Souza Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. O. O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, 2009.
- CANGUÇU-CAMPINHO, Ana Karina ; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. *Dignidade da criança em situação de intersexo*: orientação para família. Salvador: Ed. UFBA/UCSAL, 2014.
- CARRERAS, Maria Rosario. *Adaptabilidad social en niños de cuatro y cinco años*: um estudio piloto. Cádiz: Universidad de Cádiz, 1999.
- CASTRO, Margaret de; ELIAS, Lucila Leico. Causas raras de pseudo-hermafroditismo feminino: quando suspeitar? *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia e Metabologia*, São Paulo, v. 49, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302005000100017&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CID-10. *Consulta de código internacional de doenças*. Disponível em: <<http://www.cid-10.org/codigos/f64-0-transsexualismo>>. Acesso em: 13 fev. 2015.
- COLAPINTO, John. *Sexo trocado, a história real do menino criado como menina*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- DAMIANI, Durval; GUERRA JUNIOR, Gil. As novas definições e classificações dos estados intersexuais: o que o Consenso de Chicago contribui para o estado da arte? *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia e Metabologia*, São Paulo, v. 51, n. 6, ago. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-27302007000600018&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e dignidade humana/V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos humanos e Justiça. *Sur, Revista Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: a criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ELIAS, Roberto João. *Direitos Fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.

FREEMAN, Michael. *The moral status of children: essays on the rights of child*. Canadá: Martins Nijhoff Publishers, 1997.

GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira; SILVA FILHO, Eginaldo de Oliveira. *A autonomia da criança e do adolescente e a autoridade parental: entre o cuidado e o dever de emancipação*. Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1e5284674fd1e36>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.). *Família e dignidade humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 439-455.

GUERRA JUNIOR, Gil; GUERRA, Andreia T. Maciel. O pediatra frente a uma criança com ambigüidade genital. *Jornal de Pediatria*, Porto Alegre, v. 83, n. 5, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572007000700010>. Acesso em: 11 fev. 2015.

GUIMARÃES, Anibal; BARBOZA, Heloísa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de "genitália ambígua". *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 10, p. 2177-2186, out. 2014.

HAFEN, Bruce C. *Abandoning Children to Their Autonomy: Children's Needs and the Rights of Parents in the UN Convention on the Rights of the Child*. 2014. Disponível em: <<http://www.familywatchinternational.org/fwi/documents/HAFENHRCPaperCRCDeliveryVersion102814.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

HOGEMANN, Edna Raquel. O direito personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 1, p. 89-106, jan./jun. 2014.

INTERSEX. *Public Statement by the Third International Intersex Forum*. Disponível em: <http://www.ilga-europe.org/home/news/latest/intersex_forum_2013>. Acesso em: 13 fev. 2015.

- LANSDOWN, Gerinson. *The Evolving Capacities of the Child*. 2005. Disponível em: <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2015.
- LIMA NETO, F. V. *O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES, Sarila Hali Kloster. O direito de liberdade de trabalho e a dignidade da pessoa humana: um conflito inexistente – o caso do lançamento dos anões. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 1, p. 173-185, 2015.
- MARTINEAU, Sheila. *Rewriting resilience: a critical discourse analysis of childhood resilience and the politics of teaching resilience to "kids at risk"*. 1999. Tese (Doutorado)–University of British Columbia, Vancouver, Canadá, 1999.
- MENDEZ, Emilio Garcia. Parte I. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1994.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1976.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Adotada e proclamada pela Resolução 1386 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Promulgada na República Federativa do Brasil com o Decreto n. 99.710 (20 de novembro de 1989). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.
- PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 347-375.
- PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Jovene, 1972.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. Grandes Convenções de Direitos Humanos. In: Brasil Direitos Humanos, 2008: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. Brasília, DF: SEDH, 2008. p. 33-35.
- RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000)*. Brasília, DF: Unicef, 2000.
- RODRIGUES, Neidson. Educação: da formação humana à construção do sujeito ético. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 22, n. 76, out. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302001000300013&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 fev. 2015.

RODRIGUES, Renata Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudo no marco do Estado Democrático de Direito*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Privado)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÊDA, Edson. *A criança e o direito alterativo: um relato sobre o cumprimento da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no Brasil*. São Paulo: Adês, 1995.

SMORTO, Guido. Pluralismo jurídico e a difusão dos direitos. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 15, n. 1, p. 177-196, jan./jun. 2014.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidade do direito de redesignação do estado sexual: estudos sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. O ECA na era do direito ao conhecimento da origem biológica. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*, ano 2, v. 4, p. 41-77, jul./dez. 2014.

SZYMANSKI, Heloisa. Práticas educativas familiares e o sentido da constituição identitária. *Pai-déia*, Ribeirão Preto, v. 16, n. 33, abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103863X2006000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 set. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civilconstitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 17, p. 33-49, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UNESCO. Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

VILAR, Lúcio. *Endocrinologia clínica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan e editores associados, 2009.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Autonomia versus beneficência. *Bioética*, v. 19, n. 1, p. 105-117, 2011.

Data da submissão: 02 de novembro de 2015
Avaliado em: 10 de dezembro de 2015 (AVALIADOR A)
Avaliado em: 18 de dezembro de 2015 (AVALIADOR B)
Aceito em: 11 de janeiro de 2016

